

AÇÕES AFIRMATIVAS E O JUDICIÁRIO O PAPEL DA MAGISTRATURA NAS DEMANDAS SOCIAIS

UMA NOVA ABORDAGEM DA INCLUSÃO?
O JUDICIÁRIO ESTÁ PREPARADO PARA ESTE
NOVO MOMENTO?

Frei David Santos OFM

Presidente da organização não-governamental Cultural Educafro

Abordar temáticas relacionadas à diversidade étnica, bem como desenvolver ações afirmativas destinadas a corrigir injustiças históricas, são tarefas de extrema importância para a consolidação do Estado democrático de direito. Neste sentido, o judiciário tem um papel preponderante a cumprir, aprimorando um “novo olhar” em seus julgados, consubstanciado nas novas e emergentes demandas sociais que eclodem no país.

Decisões judiciais mais humanas e com visão aberta são capazes de impulsionar políticas públicas. Como exemplo, podemos citar que, graças a juízes corajosos e justos, milhares de jovens estão estudando em universidades públicas e particulares, favorecidos pela isenção da taxa do vestibular e do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM –, que garante vaga no Prouni¹.

A Educafro constatou que uma das principais barreiras encontradas para o ingresso de negros e pobres no ensino superior é à exigência indiscriminada do

¹ Prouni – Programa Nacional do Ensino Médio que concede bolsas de estudo de 100% ou 50% para alunos pobres, negros e indígenas em universidades particulares, aprovado em 2004 pelo Governo Federal.



pagamento da taxa do vestibular, penalizando-os e excluindo-os antecipadamente da possibilidade de disputarem uma vaga na universidade. Um verdadeiro absurdo! Os reitores não conseguiam compreender a importância de conceder esta isenção aos pobres. Assim, não restou outra alternativa a não ser buscar guarida no judiciário para esta justa demanda.

Foram impetrados, então, centenas de mandados de segurança e representações para garantir o direito constitucional de jovens negros e pobres estudarem. Causou grande espanto aos jovens da periferia o fato de perceberem que, em processos com o mesmo conteúdo, os resultados eram diferentes. No Rio de Janeiro, de cada dez Mandados de Segurança, nove eram deferidos, ao passo que, em São Paulo, de cada dez, somente quatro eram deferidos. Como explicar esta diferença de avaliação para aqueles que são igualmente pobres?

Segue, a título de exemplo, cópia de acórdão favorável à isenção da taxa do Vestibular, concedida por Tribunal de 2ª instância do RJ:

Acórdão

Origem: TRIBUNAL – SEGUNDA REGIÃO

Classe: REO – REMESSA EX-OFFICIO – 39655

Processo: 200102010137956 UF: RJ

Órgão Julgador: QUINTA TURMA

Data da decisão: 08/05/2001

Documento: TRF200075857 – Fonte DJU DATA:31/05/2001

Relator(a) JUIZ RALDÊNIO COSTA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA – ARTIGO 12 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 1533/51 – ADMINISTRATIVO – CONCURSO VESTIBULAR – *WRIT OF MANDAMUS* BUSCANDO ISENÇÃO DO PAGAMENTO DA TAXA DE INSCRIÇÃO – HIPOSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – DEFERIMENTO DE LIMINAR – FATO CONSUMADO – SENTENÇA IRRETOCÁVEL – REMESSA IMPROVIDA.

I – Deve ser mantida a r. sentença que concedeu a segurança, confirmando a liminar, para que a parte impetrante concorresse a uma das vagas do curso a que optou, no exame vestibular da UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro –, independentemente do pagamento do valor da inscrição.

II – Jurisprudência iterativa dos nossos tribunais tem procurado garantir as situações já constituídas, o que ocorreu, *in casu*, em que o fato, relativo ao vestibular de 1999, já está há muito consumado ao abrigo da liminar e da sentença deferitória da segurança.

III – Portanto, nega-se provimento à remessa necessária, mantendo-se integralmente a r. sentença. Indexação VESTIBULAR, GRATUIDADE, INSCRIÇÃO, GARANTIA, FATO CONSUMADO.

Data Publicação 31/05/2001

Aspectos jurídicos das cotas para negros e pobres nas universidades públicas

Este tema polêmico que envolve o direito de negros e pobres a cotas nos bancos do ensino superior públicos deve ser tratado por uma perspectiva complexa, no sentido de se abordá-lo pelos diversos vieses que a questão comporta.

No plano constitucional, refere-se ao problema do valor importante que a teoria geral do direito recente dá ao preâmbulo das constituições, tomando-o como uma tábua axiomática que vincula o julgador na aferição dos direitos em conflito. Essa visão empresta muita força às expressões “*assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social*”, como meta da República do Brasil.

Além do preâmbulo, já em si suficiente para marcar claramente os fins que a administração pública deve perseguir, em sentido amplo, que engloba todo agente estatal, há normas constitucionais plenamente eficazes – que constituem seu princípio – a pregarem a erradicação da pobreza e da desigualdade social como objetivos fundamentais da República (CR: 1º e 3º).

Nem é preciso dizer que não mais se admite o argumento das normas programáticas, que seriam meros planos futuros, sem força vinculativa aos agentes estatais. Não, as normas constitucionais valem pelo que dizem e expressam como vontade maior do povo, verdadeiro titular do poder.

A organização política se dá nessas bases e com esse fim. Esse fim vincula os agentes do Estado, dentre eles os dirigentes executivos das políticas de ensino e também o juiz. A educação universal de boa qualidade é o melhor meio de atingir tais fins maiores.

Justiça e solidariedade, nesta perspectiva de um normativismo concreto, que não se contenta com simples hierarquias formais de leis, não são palavras vazias de conteúdo normativo. Adquirem força cogente na execução das políticas públicas, assim como na avaliação do caso levado a julgamento.

Um segundo ponto na questão constitucional se refere ao problema da separação dos poderes, quando as cotas são reclamadas em juízo, por descumprimento do direito pelo agente executivo, no caso as universidades públicas, que têm autonomia (CR: 207), apesar de não colocá-la a serviço da inclusão.

É ponto delicado o controle de um poder pelo outro, pois a Constituição diz que são independentes e harmônicos. Entretanto, não se pode olvidar que o sistema é de freios e contrapesos, quer dizer, o poder é dividido exatamente para que haja sistema de controle.

Há aqui uma tensão natural que governa a administração do Estado Democrático. É preciso o concurso de todos os poderes para a consecução do fim social para o qual foi criado, verdadeiro ente ético que é o Estado Moderno. Sendo esse poder atribuído para várias instituições, a harmonia é a lei máxima do bom governo. No entanto, como o governo é feito de pessoas, a desarmonia é esperada, como parte do problema, e daí surge a necessidade do controle mútuo.

As políticas públicas podem ser controladas através de ação civil pública. A jurisprudência tem-se mostrado bastante cautelosa, senão vacilante, quanto a essa possibilidade. É compreensível até certo ponto, dado que esse controle é delicado, pois não seria bom que o juiz passasse a ser o diretor executivo das políticas públicas, tarefas confiadas aos governantes eleitos e aos demais agentes do Estado por eles indicados para tal mister, como no caso dos reitores das universidades públicas. Porém, não é boa a prática vacilante de negar o controle devido, sob o argumento impediante da separação dos poderes. O poder é dividido para ser controlado.

Até aqui se pode concluir que a Constituição prega valores que vinculam o Estado agente e julgador, e que os poderes e suas instituições são independentes, mas sujeitos a controle, exatamente porque são divididos e destinados a fins específicos. Esse controle, no caso das cotas para negros nas universidades públicas, pode ser feito por via de ação civil pública.

Ponto sensível nesse tema é o contra-argumento de que o pedido de cotas por critério racial é racista. A impositação beira ao ardid. É conhecido o sofisma de atribuir ao adversário o mal de que ele reclama ter sofrido. Seria o mesmo que admitir legítima defesa do assaltante que alega ter matado porque houve reação violenta da vítima.

A raça aqui é afirmada para reparar uma desigualdade inegável. Negar a afirmação sob argumento de racismo é lançar mão da chamada dialética erística, a arte de vencer um debate sem ter razão. A raça não é critério legal para distinguir pessoas na atribuição de direitos, mas é critério legal para distinguir pessoas para a reparação de direitos violados, exatamente em seu conteúdo isonômico.

Os exemplos históricos são muitos: a própria Princesa Isabel reconheceu a injustiça de se libertar os escravos sem lhes dar condição de sobrevivência, mas sabia que, se alardeasse tal intenção, teria sérios problemas com os donos do capital investido na escravaria. É consenso histórico que Dom Pedro perdeu a coroa por um movimento republicano feito por monarquistas, vingando-se da abolição. Toda a riqueza do Brasil Colônia foi tirada do trabalho dos africanos. Libertados, que foram deixados sem qualquer amparo.

Aqui não se trata de atribuir responsabilidades a esse ou àquele setor da sociedade por tal infortúnio, mas de assumir a responsabilidade objetiva, solidária, que temos para com nossos irmãos abandonados ao longo da história. É desta solidariedade que fala a Constituição da República.

Este é o valor que a cultura cristã, na qual estamos imersos, prega e ensina: amar ao próximo como a si mesmo. O amor dos gregos (*ágape*) que nossa cultura, não religião, transforma em caridade e justiça, valor este que deve ser aplicado com base na Constituição. No entanto, falar em amor, justiça, caridade, para alguns, ou talvez o que seja pior, para muitos, não é falar de direito, não o direito dos tribunais e das lides processuais do fórum. Afinal, o que seria o amor, a justiça, a caridade?

Em época de cientificismo cético, de relativismo moral e de materialismo dialético, talvez não passem esses termos de palavras vazias, bonitas, emocionais, mas vazias, ante a impossibilidade epistemológica de conceituação precisa.

Muitos fundamentos complexos poderiam ser postos para refutar as objeções tão conhecidas de todos:

- direito não se reduz à letra da lei, pois se integra de fato-valor-norma em uma rica experiência que não escapa da tensão ética entre lei e justiça, sempre e sempre praticada pelos romanos, também ao contrário do que muitos pensam, ao identificar a compilação de Justiniano com um direito codificado;
- a certeza do direito não está na precisão do conceito, até porque a cultura se compreende, não se explica;
- a letra mata, o espírito vivifica;
- a lei legislada se aplica em consonância com a historicidade da comunidade, e que ela tem limite nas leis naturais, as denominadas invariantes axiológicas.

Poder-se-ia, inclusive, anotar – acompanhado da tradição ocidental que vem de Pitágoras, Sócrates, Platão e Leibniz – como é triste uma época de cegos, que acreditam exclusivamente na certeza da experiência sensorial, dada pelo que há de mais falho no aparelho humano, exatamente nossos sentidos, a nos enganar pelas falsas aparências, sem possibilidade de conhecer a essência, em relação à qual tudo o que assistimos não passa de imitação imperfeita. Não seria aqui o local apropriado.

Entretanto, é preciso ser dito: são esses cegos que exigem um conceito certo e universal de justiça para admiti-la como categoria jurídica válida. Pois,

se é assim, é preciso admitir o conceito da tradição: justiça é dar a cada um o que lhe pertence, segundo uma regra de igualdade. É preciso dar porque lhe foi tirado, apesar de lhe pertencer. Justiça, como se vê, é para o outro, não para si. Mas o que dizer de um tempo em que não existe o outro, só o eu, em uma egolatria escatológica? Fica mesmo muito difícil entender um conceito que manda atender ao outro, quando só há preocupação consigo mesmo. Nada disso é preciso para a defesa da tese exposta.

Basta dizer que *a não concessão de cotas para negros* nas universidades públicas é ilegal, porque fere, além da Constituição, o artigo 58 da LDB, que define que os vestibulares versem sobre conteúdo ministrado no segundo grau. Neste ponto, a pergunta que não cala: porque o vestibular exige do aluno egresso do ensino secundário público um conteúdo que não lhe foi ensinado, uma vez que só os alunos do ensino particular e dos cursinhos têm acesso a ele? Que é da isonomia?

Estamos no campo do estrito direito positivo: o Estado não segue a lei federal que manda corresponder ensino médio com a avaliação feita para o ingresso no ensino público superior. Esta nem é matéria de prova judicial, pois é fato notório e público o conteúdo do vestibular e a necessidade de forte apoio pedagógico, além do ensino médio público para quem pretenda, em igualdade de condições, almejar uma vaga no ensino superior público.

A disparidade de armas é gritante, notória e pública. Nenhum formalismo impediante do necessário nivelamento é capaz de vencer uma realidade tão nua e crua.

Neste contexto, as cotas, como direito, não têm base em argumento racista, pois a alegação de raça se dá com base em pedido de reparação, não como critério discriminatório ilegal, uma vez que o pedido é inclusivo, não excludente. A reparação tem base na solidariedade social devida entre brasileiros por regra constitucional.

As cotas, como direito, não violam direitos daqueles que não se enquadram nesta afirmação, pois a escola pública é para todos, e, se muitos são excluídos por defeitos do sistema de ensino, as medidas reparadoras são legais e justas.

Ações afirmativas: desafio para o judiciário

O conceito de Ações Afirmativas não é novidade no mundo. Países como Índia, África do Sul, Canadá e Estados Unidos desenvolvem, há décadas, essas medidas, promovendo o respeito e a mobilidade social de segmentos

excluídos e recriminados pela sociedade. Na última década, também houve consideráveis avanços no arcabouço jurídico da Comunidade Européia, que consolidou o que havia de mais progressista nas legislações dos países membros, transformando-as em diretivas comuns e com força de lei perante os tribunais nacionais e transnacionais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim B. Barbosa Gomes, define Ações Afirmativas como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir e mitigar efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.²

Cresce, no Brasil, o número de universidades e instituições de Ensino Superior Públicas que entenderam sua verdadeira missão, adotando cotas/ações afirmativas. Já somam 43 as IES públicas que implementaram políticas afirmativas de inclusão social e étnica com métodos diversificados!

Mais de 20 destas já concluíram pesquisas de desempenho acadêmico e, em todas elas, os alunos cotistas apresentam notas superiores aos que entraram pelo método tradicional. Uma das pioneiras nesta prática é a UERJ, que adotou ações afirmativas em 2003. Após um ano de experiência, a mesma realizou uma pesquisa para avaliar o desempenho dos alunos beneficiados pelas cotas. O resultado foi:

- dos alunos que ingressaram pelo método tradicional, apenas 47% passaram de ano com média entre 7 e 10.
- dos alunos que ingressaram pelo sistema de cotas, 48,9% passaram de ano com média entre 7 e 10.

Esses dados nos enchem de alegria. Confirmam que muitos jovens, por serem pobres ou afro-brasileiros, caminham para a marginalidade por falta de oportunidades. Na Unifesp (Escola Paulista de Medicina), o desempenho dos cotistas também foi excelente, conforme reportagem do publicada no Jornal Estado de São Paulo, de 22 de dezembro de 2005: cotistas e não cotistas tiraram notas médias entre 8 e 8,5.

Os dados da PNAD 2003, do IBGE, confirmam que as desigualdades

² BARBOSA, Joaquim B. Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001

raciais são constantes no mercado de trabalho brasileiro, independente do setor da economia considerado. Nota-se que a disparidade salarial é gritante.

Segundo o IBGE, em 2004, a renda mensal dos pretos e pardos empregados era de R\$ 443,00, enquanto que a dos brancos era de R\$ 892,00, o que significa que negros auferem rendimentos que, em média, representam a metade do que auferem os brancos. No campo educacional, essa discrepância também é de grande monta, já que as taxas de analfabetismo foram de 7% para os brancos, e de 19% para os pretos e pardos nesse mesmo ano.

Em um País em que os negros são 64% dos pobres e 69% dos indigentes, não é possível compactuar com tamanha distorção histórica. Se considerarmos o IDH (índice de desenvolvimento humano) brasileiro do ano 2000 sob o recorte étnico racial, o Brasil branco ocupará a 74ª posição e o Brasil negro ocupará a 108ª posição.

O Negro está na última escala de todos os indicadores estatísticos apresentados pela ONU e pelo IPEA, dentre outros órgãos de pesquisa. Devemos atribuir esta responsabilidade exclusivamente à administração pública e privada? Qual é a responsabilidade específica do poder judiciário nesta grande e injusta distorção?

Em setembro de 2005, o Ministério Público do Trabalho impetrou cinco ações civis públicas contra as filiais do DF das cinco maiores instituições bancárias privadas do país. A iniciativa do MPT é um exemplo de ação judicial que invoca a tutela jurisdicional do Estado em defesa de uma coletividade oprimida pela discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho, utilizando conceitos como “discriminação indireta” e “disparidade estatística”.

Ao agir dessa forma, o MPT cumpre resolução da 3ª Conferência Mundial contra o racismo, a discriminação, a xenofobia e formas correlatas de intolerância, realizada em Durban, África do Sul, em setembro de 2001, da qual o Brasil é signatário. Além disso, ao utilizar conceitos como o de discriminação indireta e de disparidade estatística, privilegia a discriminação que não aparece no dia-a-dia das pessoas, mas que não deixa de gerar efeitos nefastos para a população negra.

O Brasil, país da cordialidade, suporta comportamentos excludentes baseados em preconceitos, ao mesmo tempo em que não deixa pistas sobre o real motivo para a preterição de alguém, por exemplo, nas seleções e recrutamentos no ambiente de trabalho das grandes empresas. Entretanto, ao vermos como se expressam essas exclusões a partir de indicadores estatísticos, cuja função é exprimir o que ocorre de modo recorrente e sistemático na estrutura da sociedade, os efeitos da discriminação se tornam inquestionáveis.

Os exemplos de uma parte dessa realidade foram relatados sistematicamente nas ações civis públicas ajuizadas pelo MPT. Um aspecto de especial relevo para os propósitos deste artigo é a possibilidade de observar como o racismo atua mesmo considerando indivíduos com alto grau de homogeneidade educacional. Isso porque o trabalho do MPT demonstrou que, mesmo dentre os negros já inseridos no mercado de trabalho, e que em grande medida já passaram pela peneira do vestibular, ainda assim não são recompensados por seus esforços educacionais, como ocorre com os brancos.

Quando são enfocadas as diferenças entre os grupos formados por mulheres negras e homens brancos, invariavelmente são observadas disparidades estatísticas bastante preocupantes, já que mulheres negras chegam a auferir rendimentos médios que chegam à metade dos rendimentos médios dos homens brancos, mesmo nos casos em que elas tenham alcançado patamares educacionais maiores que os homens brancos.

Segundo os dados estatísticos apresentados nas referidas Ações Civis, o percentual de negros trabalhando nas cinco maiores Instituições bancárias do DF chega a 10% em alguns casos, ao passo que o percentual da população negra (pretos e pardos) no DF – e com condições de assumirem empregos bancários, pois foram contabilizados apenas os grupos de negros com o segundo grau completo e classificados como parte da População Economicamente Ativa (PEA), segundo o IBGE – era de 43,7% em 2004, ano em que foram requisitados os dados dos bancos pelo MPT.

No que tange especificamente à sobredita comparação entre mulheres negras e homens brancos em termos das recompensas por seu trabalho no interior dos Bancos, vale trazer algumas informações constantes nos autos do processo nº 0930.2005.016-10-00, em trâmite na 16ª Vara do Trabalho, os quais relatam que:

“A despeito de as mulheres negras receberem os piores salários (28,3% menor que o dos homens brancos), estas formam o grupo com a maior concentração de pessoas que avançou nos estudos, a ponto de ter alcançado algum nível no ensino superior (completo ou incompleto). Com isso, não se pode sustentar que as diferenças salariais são motivadas pelo menor preparo acadêmico para assumir funções de chefia e, portanto, auferir maiores salários. Vale lembrar, ainda, que mesmo considerando esse perfil educacional, as mulheres pretas e pardas não possuem qualquer representante dentre os ocupantes de cargos de chefia no Bradesco no Distrito Federal” (pg. 37).

Outros trechos da Ação Civil Pública sintetizam o que pretendeu o MPT ao recorrer ao Poder Judiciário para questionar a isonomia dos processos organizacionais de seleção, recrutamento interno e política salarial das grandes corporações bancárias. Vejamos:

“A análise do quadro de pessoal do Bradesco no Distrito Federal, (dados fornecidos pelo próprio banco), por exemplo, demonstra, de forma inequívoca, que a discriminação contra os negros ocorre já no âmbito da admissão no emprego e se expande para a ascensão funcional e a remuneração.”

Com efeito, o Bradesco tem em seu quadro funcional apenas 15,1% de negros, enquanto que, na PEA, maior de 16 anos no Distrito Federal, o percentual da população negra é de 54%. Em contrapartida, o Bradesco tem seu quadro de pessoal composto de 84,9% de trabalhadores brancos, o que demonstra que o Banco, de uma forma geral, tem preferência pela contratação de trabalhadores brancos, criando distinções e exclusão para a população economicamente ativa negra no Distrito Federal.

No que diz respeito à ascensão funcional (promoções) no Bradesco, no Distrito Federal, a realidade não é mais alvissareira. A desvalorização do trabalhador negro é gritante. A análise do quadro de pessoal do Bradesco no Distrito Federal (dados fornecidos pelo próprio banco) demonstra de forma inquestionável que apenas 10,9% dos ocupantes de cargos de chefia são negros, enquanto 89,1% desses mesmos cargos são ocupados por brancos.

Enquanto a população de trabalhadores de cor branca recebeu, em média, R\$ 2.023,00 no mês de Setembro de 2004, a população negra recebeu a média de R\$ 1.796,00, ou seja, 88,8% da média recebida pelos trabalhadores de cor branca.

Com certeza, este é um grave desrespeito ao artigo 1º da Convenção 111 da OIT que, em seu parágrafo primeiro, disciplina que, para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:

- toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.
- qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

No processo nº 00936-2005-012-10-00-9, da 12ª Vara do Trabalho de Brasília, na ação civil pública do MPT contra o HSBC, o juiz não aceita os dados estatísticos como matéria de prova contra o banco.

“A mera estatística não é suficiente para demonstrar a existência de salários maiores a uns que a outros, notadamente quando para tanto haveria a razoável investigação à luz do artigo 461 da CLT, que corrobora o contido no artigo 71, inciso XXX, da Constituição Federal, indicando o fator discriminatório como a inobservância à identidade salarial quando idênticas as funções, o tempo de serviço e a localidade da prestação do trabalho, e não a mera ocorrência de salário inferior.”

Ora, por que órgãos governamentais nacionais e internacionais como o IPEA, IBGE, PNAD e PNUD fazem o levantamento dos dados? Por que gastar erário público com tantas pesquisas se juízes não percebem sua importância? Especificamente sobre a utilização desse instrumental para comprovação da discriminação indireta, o eminente Ministro do STF, Doutor Joaquim Barbosa Gomes, diz:

“Os dados empíricos, às vezes de simples constatação, são suficientes para demonstrar a existência dessa modalidade de discriminação. Dentre esses, o mais intuitivo e eficaz é a chamada disparidade estatística. Elemento de análise de extrema eficácia na aferição da discriminação na educação e nas relações de emprego, a disparidade estatística consiste, basicamente, em demonstrar a ausência ou a sub-representação de certas minorias em determinados setores de atividade. Assim, a ausência ou a presença meramente simbólica de negros ou mulheres em certas profissões, em certos cargos ou em certos estabelecimentos de ensino, constituirá indicação de discriminação presumida caso o percentual de presença desses grupos em tais atividades ou estabelecimentos seja manifestamente incompatível com a representação percentual do respectivo grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho”³.

A União Européia, por exemplo, por meio de sua comissão de combate à discriminação nas relações de trabalho, também define a discriminação indireta e aponta a estatística como a forma válida de identificá-la. Vejamos:

“A definição dada pelas diretivas da União Européia é que ‘discriminação indireta ocorre quando uma provisão, critério ou prática aparentemente

³ Gomes, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 1ª Edição, 2001, p. 29.

neutra coloca pessoas de origem racial ou étnica em uma desvantagem particular quando comparadas a outras pessoas'. A partir dessa definição, decorre-se que a discriminação é para ser avaliada apenas em relação aos seus efeitos negativos sobre pessoas que supostamente pertencem a um grupo étnico ou racial. A averiguação desse impacto é feita pela comparação da posição do grupo racial/étnico e a posição de um grupo de referência. A discriminação indireta deriva do impacto diferencial em si mesmo, junto com seu caráter não autorizador. Nesse sentido, a discriminação indireta é perceptível apenas pelo raciocínio estatístico, utilizando dados coletados em procedimentos de seleção e alocação específicos. É esse o porquê de os esquemas adotados para atingir as exigências de uma política ativa de igualdade fazerem uso abundante de dados estatísticos"⁴.

Prova melhor de que os números – as estatísticas são formas válidas e eficazes de abordar e efetivamente resolver o problema da discriminação – pode ser conseguida ao se adentrar em uma agência bancária e contar quantos negros/as estão trabalhando na gerência ou no caixa. Ou, então, ao nos perguntarmos: quantos comissários de bordo negros/as encontramos nos aviões? E no balcão das lojas dos Shopping Centers. Ah! Não vamos nos esquecer: quantos são os juízes, promotores(as) e desembargadores(as) negros(as)?

É notório que os percentuais são baixíssimos. Pois bem, em conversa com o Ministro da Justiça, Luiz Fux, ele deu ênfase ao afirmar que o artigo 334, inciso primeiro, do Código de Processo Civil, é capaz de dar guarida aos percentuais estatísticos levantados por órgãos oficiais, principalmente relacionados aos negros que viveram 350 anos de escravidão e permanecem até hoje sem políticas públicas compensatórias:

⁴ Simon, Patrick "The measurement of racial discrimination: the policy use of statistics", *International Social Science Journal* N° 183, Oxford: Blackwell Publishing UNESCO, 2005, página: 10. Do Original: "The definition given by the European directives is that 'indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons'. From this definition, it follows that discrimination is to be assessed only in respect of its negative impact of persons who supposedly belong to a 'racial or ethnic' group. Such impact is ascertained by comparison between the position of the 'racial or ethnic' group and the position of a reference group. The evaluation requires (i) a definition of the groups on the basis of the forbidden grounds, (ii) recording of individual characteristics and compilation in comparative statistical tables showing the groups, (iii) calculation of statistical deviations or differences, (iv) proof of the latter's substantial or significant character using appropriate order of magnitude indicators. This set of operations reveals the unfavourable treatment affecting certain 'racial or ethnic' groups without the need to enquire into specific intent or to identify the precise mechanisms causing the discrimination. Indirect discrimination derives from the differential impact itself, along with its unwarranted character. In that sense, indirect discrimination is perceptible only by statistical reasoning, using the data collected in various selection and allocation procedures. This is why schemes put into place to meet the requirements of active equality policy make abundant use of statistical data (Simon & Stavo- Debaugé 2004)".

Reza o Art. 334:

“Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Os percentuais estatísticos devem servir como prova notória da exclusão, sendo balizadores das decisões de âmbito coletivo.

A condenação do Brasil na violação de disposições internacionais

Com o avanço dos adventos tecnológicos, cabe ao direito garantir e regular as relações provenientes da moral e da ética. Os Direitos Humanos regulados em âmbito internacional devem ser observados *a priori*, antes de qualquer decisão. As disposições contidas na Constituição ou Legislação Nacional não podem ser alegadas como desculpa dos operadores do Direito para furtarem-se a cumprir as obrigações perante o direito internacional.

A não observância da diversidade e o mau exemplo dado por membros do judiciário brasileiro resultou que, em 7 de novembro de 2006, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) publicasse o Relatório Final do primeiro caso brasileiro de discriminação racial, decidido pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde o Brasil foi condenado por não punir crime de racismo. O país é o primeiro do continente americano a receber uma punição desta categoria.

Neste relatório, a OEA reconhece a responsabilidade internacional do país pelas violações cometidas contra Simone André Diniz, denunciadas em outubro de 1997 pelo Instituto Negro Padre Batista.

Histórico do caso

Simone André Diniz procurava emprego e, no dia 2 de março de 1997, viu um anúncio nos classificados do jornal Folha de São Paulo, onde encontrou a oferta de uma vaga para empregada doméstica, para a qual uma das exigências era que a candidata fosse de “preferência branca”. Quando ligou para saber mais detalhes, perguntaram a cor de sua pele e, quando Simone informou sua cor, foi informada que, por ser negra, não preenchia os requisitos exigidos.

Simone registrou queixa na Delegacia de Investigações de Crimes Raciais. Em

depoimento à Polícia, a empregadora confirmou que não queria uma empregada negra, pois já havia tido outra que maltratara seus filhos. Ela disse, também, que não tinha preconceito racial e que o fato de seu marido ser negro era uma prova disso.

Com base nos depoimentos, a denúncia foi considerada inconsistente, apesar de provas irrefutáveis como o anúncio no jornal e a confirmação da empregadora de que não queria uma pessoa negra trabalhando em sua casa.

Após o Ministério Público do Estado de São Paulo ter requisitado o arquivamento do processo, por, segundo os promotores, não reconhecer a prática do crime de discriminação racial, o Instituto do Negro Padre Batista e o Centro pela Justiça e Direito Internacional denunciaram o caso à Comissão Interamericana.

A Educafro solicitou que o Ministério Público do Trabalho, através do programa Coordigualdade, acompanhe e faça as proposituras necessárias para o cumprimento das recomendações que a OEA fez ao Estado brasileiro, conforme segue abaixo:

- reparar plenamente a vítima Simone André Diniz, considerando tanto o aspecto moral como material, pelas violações de Direitos Humanos, determinadas no relatório de mérito e, em especial:
- reconhecer publicamente a responsabilidade internacional por violação dos Direitos Humanos de Simone André Diniz;
- conceder apoio financeiro à vítima para que esta possa iniciar e concluir o curso superior;
- estabelecer um valor pecuniário a ser pago à vítima a título indenizatório por danos morais;
- realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação anti-racismo seja efetiva;
- realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer e sancionar a responsabilidade a respeito dos fatos relacionados à discriminação racial sofrida por Simone André Diniz;
- adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários da Justiça e da Polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e de racismo;
- organizar seminários estaduais com representantes do Poder Judiciário, Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública locais com objetivo de fortalecer a proteção contra a discriminação racial e o racismo;

- solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial;
- solicitar aos Ministérios Públicos Estaduais a criação de Promotorias Públicas Estaduais Especializadas no combate ao racismo e à discriminação racial;
- promover campanhas publicitárias contra a discriminação racial e o racismo.

O que esperamos da Magistratura?

A Educafro espera que os magistrados brasileiros interajam mais com os movimentos sociais e a comunidade, para fazer avançar a vitória do nosso povo mais sofrido. As decisões, além de serem fundamentadas na legislação, também devem se inspirar em um outro componente, que é a sensibilidade com o direito dos pobres.

Desde a chegada dos colonizadores neste território, que viria a se tornar a República Federativa do Brasil, nossa história é marcada pela força da intransigência e ganância das camadas mais abastadas de capital e poder. Tendo origem nas resistências das populações originais e nas rebeliões promovidas pelos escravos africanos, os Movimentos Sociais tomaram forma e, em especial, o Movimento Negro cresceu e se fortaleceu.

A partir dos movimentos abolicionistas, as organizações negras aprimoraram-se no campo das discussões normativas, legislativas e jurídicas. Atualmente, ao presenciarmos sensíveis avanços nas conquistas da população afro-brasileira, percebemos a importância destes movimentos, entidades e pessoas convictas, a exemplo do Advogado Humberto Adami e de muitos outros que, ora nas ruas, armados de suas convicções e rebelados por ideais de inclusão, ora ocupando tribunas, fóruns e mesas de negociações, cumprem um papel decisivo na busca por justiça e igualdade para todos, independente da origem étnica, social ou religiosa.

Conclamamos os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos vinte e sete Estados da Federação a adotarem as seguintes medidas para chegarmos mais próximos do judiciário que sonhamos:

- realizar seminários direcionados a juízes, funcionários, advogados e estagiários do Tribunal, buscando criar uma nova e positiva visão da diversidade étnica, amadurecimento da sociedade e do TJ;
- organizar cursos e treinamentos voltados ao respeito à diversidade, em especial com temas como “Ações Afirmativas” e “Igualdade Racial”. *(Temos um bom exemplo na Polícia Militar do Estado de São Paulo: o Comandante Elizeu Eclair Teixeira Borges, em reunião com a Educafro,*

demonstrou o avanço de consciência conquistado pela PM que, desde 2005, leciona para todo o efetivo – novatos e veteranos –, no currículo da academia e na reciclagem anual, as matérias Direitos Humanos, Ações Afirmativas e Igualdade Racial, entre outras. O resultado é concreto, na diminuição de violência aos Direitos Humanos naquela Corporação);

- realizar um censo étnico nos Tribunais de Justiça de cada estado, entre Juízes e funcionários, para termos uma visão mais ampla sobre a realidade e os desafios a serem vencidos;
- publicar uma revista, livro ou periódico do TJ sobre a importância dos Direitos Humanos e da diversidade étnico-racial;
- inserir links, em destaque, no site do Tribunal de Justiça, apontando para textos e matérias que abordam a importância dos Direitos Humanos e da Diversidade étnico-racial;
- que haja uma posição mais firme deste Tribunal frente aos crimes raciais e a atitudes de intolerância frente ao diferente, colocando como exemplar a condenação dos jovens presos recentemente distribuindo panfletos racistas.

Sentimos que o momento histórico é extremamente favorável a possíveis ações inovadoras a serem empreendidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e também na esfera Federal, através de seus presidentes.